

Sygn. akt: KIO 237/18

WYROK

z dnia 27 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadroźny

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą N+parametric design M. N. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza J. Popiełuszki we Włocławku,**

przy udziale wykonawcy **PAS PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) wezwanie wykonawcy **PAS PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie** na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu usług;
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiających: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza J. Popieluszki we Włocławku**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą N+parametric design M. N. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiających: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza J. Popieluszki we Włocławku** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą N+parametric design M. N. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Zamawiający – **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza J. Popiełuszki we Włocławku** (dalej jako „Zamawiający”) prowadzą postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Wykonanie dokumentacji budowlano - wykonawczej dla zadania pn. „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (adaptacja budynków nr 1, 2, 3, 4, 6 i 11 - głównego kompleksu szpitalnego) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku”, nr referencyjny ZP/05/17 (dalej jako „Postępowanie”)*.

Wartość ww. zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2017 r. pod nr 2017/S 152-315059.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą N+parametric design M. N. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”), wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r., wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty złożonej przez Pas Projekt Sp. z o. o. z siedzibą w Nadarzynie (dalej jako „Pas Projekt” lub „Przystępujący”);
 2. zaniechaniu wykluczenia Pas Projekt;
 3. braku wskazania w punkcie 4 części 15 protokołu Postępowania sposobu zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art, 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp;
 4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.
- czym według Odwołującego, Zamawiający naruszył:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt z Postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, zarówno w ofercie, jak i składanych w toku Postępowania wyjaśnieniach, w tym wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego; zgodnie ze wskazaniem KIO zawartymi w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. (KIO 2397/171,

ewentualnie:

art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt z Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) w/w informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. uznanie przez Zamawiającego, że Pas Projekt spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz na wybór oferty Pas Projekt jako najkorzystniejszej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonego w Rozdziale VIII pkt. 4.1. ppkt 1) SIWZ,

3. art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt pomimo że wykonawca ten nie wykazał, aby udział osoby, która brała udział w przygotowaniu Postępowania, a którą Pas Projekt skierował do realizacji zamówienia nie skutkował zakłóceniem uczciwej konkurencji,

4. art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w protokole Postępowania „sposobu zapewnienia konkurencji” w stwierdzonym przypadku posługiwania się przez Pas Projekt osobą biorącą udział w przygotowaniu Postępowania (brak jakichkolwiek wpisów w części 15 punkt 4 tego protokołu), czym utrudnił kontrolę prawidłowości podjętej w tym zakresie czynności Zamawiającego w drodze przysługujących Odwołującemu środków ochrony prawnej;

a w konsekwencji:

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami;

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pas Projekt,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Pas Projekt z Postępowania,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

ponadto, Odwołujący wniósł o:

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, dołączenie do akt niniejszego postępowania dowodów wniesionych w ramach postępowania w sprawie KIO 2397/17, a także innych dowodów, które zostały powołane w treści Odwołania, oraz tych które zostaną przedłożone na rozprawie;
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego, poniesionych przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż w dniu 29 stycznia 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pas Projekt. Odwołujący o wynikach Postępowania został poinformowany drogą elektroniczną. Oznacza to, że termin złożenia niniejszego odwołania, upływający w dniu 8 lutego 2018 r., został zachowany.

Oferta Odwołującego została w Postępowaniu zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych przez Zamawiającego i otrzymała łączną ilość punktów 96,49. Tym samym w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą za zasadne wskazanych w petitum Odwołania zarzutów, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt VIII 4.1) SIWZ, w ogłoszeniu o zamówieniu, a następnie w wyniku dokonanych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odpowiednio w dniu 17 sierpnia 2017 r. oraz w dniu 29 sierpnia 2017 r. określił ostatecznie warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej o następującej treści:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał:

- *projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji,*
- *projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji”.*

Pas Projekt złożył ofertę, w której na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wskazał projekt referencyjny „Rozbudowy i modernizacji budynków Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie przy ul. Karowej 2,00-315 Warszawa”. Jednocześnie Pas Projekt w wykazie osób wskazał jako osobę skierowaną do wykonania zamówienia Panią E. S., która była członkiem zespołu projektowego, opracowującego Program Funkcjonalno-Użytkowy, na podstawie którego ma być wykonane zamówienie objęte Postępowaniem.

W dniu 3 listopada 2017 roku Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Wybrana została oferta Pas Projekt uzyskując w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert 100 pkt. Oferta odwołującego została zakwalifikowana na drugim miejscu, z wynikiem 96,49 pkt.

Od powyższej czynności Odwołujący wniósł w dniu 13 listopada 2017 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu w szczególności, że Pas Projekt winien zostać wykluczony z postępowania ze względu na niespełnianie wymogu określonego w powyższym pkt VIII 4.1) SIWZ bowiem projekt referencyjny „Rozbudowy i modernizacji budynków Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie przy ul. Karowej 2, 00-315 Warszawa” nie spełnia warunku co do minimum 8.000 m² powierzchni użytkowej dla obiektu „objętego projektem budowlanym i wykonawczym wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę”. Odwołujący zarzucił w tym zakresie podanie przez Pas Projekt wprowadzających w błąd informacji, bowiem faktyczna powierzchnia użytkowa inwestycji referencyjnej objętej projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę wprost wynika z tej dokumentacji (pozycja 3.2 na stronie 11 części opisowej projektu budowlanego - punkt 2.3 „Charakterystyczne parametry techniczne obiektu budowlanego), co powoduje że doświadczony wykonawca powinien mieć pełną świadomość parametrów inwestycji w tym zakresie. Odwołujący zarzucił także, że skierowanie przez Pas Projekt do wykonania zamówienia osoby Pani E. S., a więc osoby biorącej udział w przygotowaniu Postępowania i posiadającej przewagę konkurencyjną w stosunku do innych uczestników Postępowania w zakresie m.in. dysponowania wiedzą co do przedmiotu zamówienia i edytowalnymi dokumentami

projektowymi pozwalającymi wykonać zamówienie w tym zakresie szybciej, a w konsekwencji taniej niż pozostali uczestnicy.

W wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. o sygn. akt: KIO 2397/17, Izba w sentencji orzekła, iż *„uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienia w zakresie spełniania warunku opisanego w Rozdziale VIII pkt 4.1. ppkt 1) SIWZ oraz wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania wskazanej przez wykonawcę osoby nie zakłóci konkurencji z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia”*.

Jak wskazał Odwołujący, Izba uznała, że:

1) *„zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. w Nadarzynie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi, że osoba skierowania przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia (Pani E. S. - dopisek Odwołującego) brała udział w przygotowaniu postępowania (...) potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym”* KIO w ww. wyroku wskazała, że *„niewątpliwie (...) Pani E. S. mogła - wobec wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania - posiadać wiedzę stawiającą ją, a tym samym wykonawcę z którym łączyła ją umowa cywilnoprawna w sytuacji uprzywilejowanej, wobec innych uczestników postępowania”* str. 9 uzasadnienia wyroku KIO. Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednocześnie, że przed dokonaniem wykluczenia wykonawca winien zostać wezwany - w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - do udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania wskazanej przez wykonawcę osoby nie zakłóci konkurencji uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia" (punkt 1 sentencji wyroku KIO). Za okoliczności wskazane w uzasadnieniu uznać należy wywód zawarty w szczególności na str. 11 wyroku KIO, z którego wynika m.in., że *„wykonawca - aby nie zostać wykluczonym z postępowania - będzie musiał wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności niepowodujących zakłócenia konkurencji”*.

2) *„potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp”*. W tym zakresie Izba stwierdziła w wyroku, że żadna z informacji wskazanych przez Pas Projekt w jego ofercie oraz składanych w toku postępowania dokumentów nie potwierdzała wymogu Zamawiającego dotyczącego powierzchni użytkowej (będącej przedmiotem postawionego warunku udziału w postępowaniu). Także w tym przypadku Izba uznała, że przed wykluczeniem z postępowania Pas Projekt winien zostać wezwany do złożenia - w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - stosownych wyjaśnień w tym zakresie (punkt 1 sentencji wyroku KIO).

Z tego właśnie powodu, tj. konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień - Izba uznała podnoszone uprzednio przez Odwołującego zarzuty dotyczące podania przez Pas Projekt nieprawdziwych informacji za przedwczesne.

Pas Projekt udzielił wyjaśnień pismem z dnia 29 grudnia 2017 r. do którego dołączył: (i) oświadczenie pracowni architektonicznej M. S. z dnia 28 grudnia 2017 r., (ii) oświadczenie Pani E. S. z dnia 28 grudnia 2017 r. oraz (iii) poświadczenie Szpitala Klinicznego im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie z dnia 21 listopada 2017 r.

W toku Postępowania Zamawiający zwrócił się dodatkowo do Szpitala Klinicznego im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: KPIM/32/2018) o udostępnienie informacji w zakresie dokumentacji budowlano-wykonawczej dla inwestycji pn. „Rozbudowa i modernizacja budynków Szpitala Klinicznego im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie” dotyczącej powierzchni użytkowej objętej ww. projektem budowlanym i wykonawczym.

W odpowiedzi na powyższe pismo KPIM uzyskał odpowiedź pismem z dnia 25 stycznia 2018 r. (znak L.dz. SK/nr *nieczytelny*/DTECH/05/2018 do którego dołączone były dodatkowo referencje dla Inżyniera Kontraktu.

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, iż z dokumentów jednoznacznie wynika, że powierzchnia użytkowa budynku szpitala objęta dokumentacją projektową, dla której uzyskano następnie pozwolenie na budowę wynosi jedynie 4.508,75 m². zamiast wymaganych 8.000.00 m² (pożycia 3.2 na stronie 11 części opisowej projektu - punkt 2.3 Charakterystyczne parametry techniczne obiektu budowlanego!. Powyższe wynika jednoznacznie z całości dokumentacji i jest wprost określone przez projektanta w zastrzeżeniu znajdującym się na stronie 10 części opisowej projektu w brzmieniu: *„Charakterystyczne parametry obiektu. UWAGA: Powierzchnia całkowita została podana dla całego budynku szpitala. Pozostałe powierzchnie podano dla części budynku objętych opracowaniem (przebudowywanych i rozbudowywanych) zgodnie z zakresem według części graficznej projektu. Kubaturę podano dla całości budynku.”*

Pas Projekt w ramach składania wyjaśnień przedłożył pisma projektanta (pismo z dnia 28 grudnia 2017 r.) oraz inwestora przedmiotowej inwestycji - Szpitala im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie (pismo z dnia 21 listopada 2017 r.), w których zawarto oświadczenie, że referencyjny projekt spełnia warunki postawione w przedmiotowym Postępowaniu, jednak oświadczenia te nie znajdują potwierdzenia w faktach.

że dowodem na faktyczną powierzchnię użytkową przywoływanego przez Pas Projekt sp. z o.o. projektu referencyjnego może być jedynie projekt budowlany, który stał się podstawą do

wydania stosownego pozwolenia na budowę (decyzji Prezydenta m.st. Warszawy nr 353/Ś/2012 z dnia 29 czerwca 2012 r.) oraz następnie pozwoleń na użytkowanie przedmiotowego przedsięwzięcia inwestycyjnego, realizowanego w trzech fazach. W tym kontekście oświadczenie projektanta z dnia 28 grudnia 2017 r. oraz Szpitala Klinicznego im. ks. Anny Mazowieckiej z dnia 21 listopada 2017 r., które - jak należy założyć - odnoszą się do powierzchni całego budynku szpitala, a nie budynku w części objętej opracowaniem projektowym (przebudowywanych i rozbudowywanych) nie zmieniają jednoznacznych danych co do powierzchni użytkowej obiektu objętego opracowaniem w rozumieniu, które sam projektant potwierdził w tej dokumentacji wskazując, że „powierzchnia użytkowa części budynku objętego opracowaniem wynosi 4508,75 m²”. Wobec powyższego uznać należy, że Pas Projekt wprowadził Zamawiającego w błąd co do parametrów projektu referencyjnego i uczynił to z pełną świadomością, co potwierdzają jego oświadczenia składane na rozprawie przed KIO i zawarte w protokole z rozprawy z dnia 23 listopada 2017 r. w sprawie KIO 2397/17 w którym stwierdził on (jako Przystępujący) że „projekt obejmował również powierzchnie, które były remontowane, na które wydaje się pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie” (str. 4 ostatni akapit protokołu z rozprawy), a także że *„Zamawiający nie określił jakiej powierzchni ma dot. ten projekt, byle by dot. obiektu służby zdrowia, który to obiekt służby zdrowia ma powierzchnie użytkowa nie mniejsza niż 8.000 m²”*

W zakresie drugiego z zarzutów Odwołujący wskazał, iż w świetle faktów przywołanych powyżej nie może być wątpliwości, że projekt referencyjny przywołany przez Pas Projekt na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt. 4.1. ppkt 1) SIWZ, tj. projekt „Rozbudowy i modernizacji budynków Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie przy ul. Karowej 2, 00-315 Warszawa” nie spełnia tego wymogu w zakresie minimalnej powierzchni użytkowej, a tym samym Pas Projekt nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie, wobec wyczerpania już w ramach Postępowania drogi uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uchybienie to nie podlega już ponownemu uzupełnieniu.

W zakresie trzeciego z zarzutów Odwołujący wskazał, iż w swoich wyjaśnieniach Pas Projekt ograniczył się właściwie do powtórzenia argumentacji przedstawionej przez niego na rozprawie przed KIO w dniu 23 listopada 2017 r. (KIO 2397/17), którą to argumentację KIO uznała za niewystarczającą, czemu dała wyraz m.in. wskazując, że „w ocenie izby nie można zgodzić się z Przystępującym, który bagatelizował rolę Pani E. S. w przygotowywaniu omawianej dokumentacji”.

W zakresie czwartego z zarzutów Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymogiem określonym w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w sytuacji stwierdzenia przypadku posługiwania się przez wykonawcę osobą biorącą udział w przygotowaniu postępowania, jest on zobowiązany nie tylko do wezwania tego wykonawcy do udowodnienia, że nie zajdzie przypadek naruszenia konkurencji, ale także - co wprost wynika z tego przepisu - do wykazania w protokole postępowania „sposobu zapewnienia konkurencji” w takim przypadku. Tymczasem Zamawiający w protokole Postępowania, przekazanym Odwołującemu w dniu 29 stycznia br. w drodze dostępu do akt Postępowania pozostawił nieuzupełnioną rubrykę Sposób zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, iż wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca PAS PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie po stronie Zamawiającego. Przystępujący podczas posiedzenia złożył pismo procesowe, w którym wskazał że twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji Postępowania oraz dowody złożone przez Strony w tym opinię prywatną złożoną Odwołującego, a także dowód w postaci akt sprawy o sygn. akt: KIO 2397/17. Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego uznając, iż fakty, które mają być ustalone w tej opinii, mogą być stwierdzone na podstawie innych dokumentów i przeprowadzenie tego dowodu prowadziłyby tylko do przewlekłości postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia

oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

W zakresie zarzutów odwołania:

zarzut nr 1 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt z Postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, zarówno w ofercie, jak i składanych w toku Postępowania wyjaśnieniach, w tym wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego; zgodnie ze wskazaniami KIO zawartymi w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. (KIO 2397/171,

oraz;

naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt z Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) w/w informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. uznanie przez Zamawiającego, że Pas Projekt spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz na wybór oferty Pas Projekt jako najkorzystniejszej;

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Izba uznała, iż oświadczenia składane przez Przystępującego wskazujące na to, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie posiadania wymaganego w SIWZ doświadczenia, wynikały z przyjętego przez Przystępującego rozumienia warunku udziału. Przystępujący potwierdził to także na rozprawie. Przystępujący wskazał, iż *„od początku oświadczał, iż przebudowie i rozbudowie podlegała część obiektu wynosząca 4 508 m², ale dokumentacją projektową, w jego opinii, był objęty cały budynek, a zatem nie sposób przyjąć, iż wprowadził w błąd Zamawiającego”*.

Oświadczenia Przystępującego potwierdził także sam inwestor kwestionowanej inwestycji, który również wydał oświadczenia tożsame z Przystępującym, a także sam architekt sporządzający projekt.

Mając na uwadze powyższe, w przedmiotowej sprawie Izba uznała, iż nie można przypisać działaniom Przystępującego *zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa* oraz *lekkomyślności lub niedbalstwa*. Należy odróżnić okoliczność niespełniania warunków

udziału w postępowaniu od okoliczności wprowadzenia zamawiającego w błąd. Sytuacja kiedy wykonawca jest przekonany, że spełnia warunki udziału nawet błędnie, nie przesądza potwierdzenia się zarzutów wprowadzenia zamawiającego w błąd. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, iż także nie sposób przypisać Przystępującemu winy w jego działaniach, która to przesłanka była wielokrotnie przywoływana w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych w zakresie składania nieprawdziwych informacji.

zarzut nr 2 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonego w Rozdziale VIII pkt. 4.1. ppkt 1) SIWZ,

Izba uwzględniła powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie wykazu usług. Izba uznała, iż usługa wskazana w wykazie usług pn. „*Rozbudowa i modernizacja budynków Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie*”, poz. 2 wykazu usług Przystępującego z dnia 13.IX.2017 r. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w rodz. VIII pkt 4 ppkt 4.1 ppkt 1) tiret drugi.

Zamawiający zawarł w SIWZ warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym, „*Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał:*

- *projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji,*
- *projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji”*

Usługa w wykazie usług Przystępującego na potwierdzenie warunku w zakresie tiretu pierwszego (na rzecz Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica Sp. z o.o.), nie była przez Odwołującego kwestionowana.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia powyższego warunku w tirecie drugim wskazał w wykazie usług projekt „*Rozbudowy i modernizacji budynków Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie*”.

Jak wskazał, sam Przystępujący w zakresie powyższego projektu na rzecz Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie „*od początku oświadczał, iż przebudowie i rozbudowie podlegała część obiektu wynosząca 4 508 m², ale dokumentacją*

projektową, w jego opinii, był objęty cały budynek, a zatem nie sposób przyjąć, iż wprowadził w błąd Zamawiającego". Całość obiektu posiada powierzchnię wynoszącą ponad 15 000 m².

Izba uznała, iż wskazany powyżej warunek udziału należy tak interpretować, iż dany projekt budowlany i wykonawczy w całości (w zakresie wszystkich branż) miał obejmować powierzchnię ponad 8 000 m².

Argumentacja Przystępującego, iż wprawdzie przebudowa obejmowała tylko część obiektu, to jego zdaniem projekt ten należy uznać za prawidłowy w świetle warunków udziału, gdyż cały obiekt posiadał wymaganą powierzchnię, wypaczałaby sens postawionego warunku udziału. Gdyż zgodnie z tą argumentacją, wykonawca który wykonałby przykładowo projekt obejmujący przebudowę 20 m² w obiekcie o powierzchni ponad 15 000 m² także spełniałby ten warunek udziału.

Istotą wymagania spełniania warunków udziału w postaci doświadczenia, jest wykazanie przez wykonawcę, iż wykonał on daną usługę odpowiadającą wymogom (w tym skali) wskazanym w SIWZ. W postawionym przez Zamawiającego warunku nie chodziło o sporządzenie jakiegokolwiek projektu budowlanego i wykonawczego, ale o sporządzenia projektu, który swoją skalą odpowiadałby określonym wymogom, czyli w tym wypadku powierzchni powyżej 8 000 m².

Argumentacja podnoszona przez Przystępującego, iż projekt ten dotyczył całego obiektu gdyż:

- projekt zagospodarowania terenu;
- oraz ekspertyza techniczna w zakresie ochrony przeciwpożarowej,

obejmowały cały obiekt, nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż te dwie branże stanowiły jedynie części projektu budowlanego i wykonawczego. Izba uznała, iż w postawionym warunku udziału nie chodziło o to aby projekt obejmował obiekt w zakresie tylko dwóch branż, ale o to aby całość tego projektu obejmowała dany obiekt (wymaganą w SIWZ powierzchnię).

Oczywistym jest, iż wskazane powyżej dwie branże mają istotne znaczenie, to jednak w przypadku projektów budowlano – wykonawczych najistotniejsze znaczenie ma część architektoniczna, która stanowi najważniejszą część pracy architekta sporządzającego dany projekt, a usługa wskazana przez Przystępującego w zakresie części architektonicznej obejmowała jedynie powierzchnię ok 4 500 m².

W przedmiotowym przypadku, Zamawiający prawidłowo po powzięciu wątpliwości skierował pytanie do Szpitala Klinicznego im. Anny Mazowieckiej w Warszawie o zakres danej usługi

oraz w wyniku orzeczenia Izby o sygn. akt: KIO 2397/18 uzyskała wyjaśnienia od Przystępującego. Uzyskał on dokumenty od inwestora Szpitala Klinicznego im. Anny Mazowieckiej w Warszawie potwierdzającego stanowisko Przystępującego. Jednak Odwołujący, w tym przy wykorzystaniu opinii prywatnej, wykazał iż ten stan faktyczny danej usługi nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu właściwej jego interpretacji. Mankamentem procedury odwoławczej jest to, iż Zamawiający pomimo prawidłowych działań i braku winy (gdyż zgromadzone w postępowaniu dokumenty są zgodne ze stanowiskiem Przystępującego) ponosi negatywne konsekwencje uwzględnienia odwołania, to jednak miał on możliwość weryfikacji stanowiska i argumentacji Odwołującego i w przypadku podzielenie jego twierdzeń – uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia, którym jest wykonanie dokumentacji budowlano – wykonawczej, w zakresie wszystkich branż a nie tylko dwóch branż wyżej wskazanych przez Przystępującego, oraz fakt, iż w warunku udziału mowa jest o projekcie (jako całości) a nie o poszczególnych branżach, Izba uznała wskazana w poz. 2 wykazu usług, usługa na rzecz Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

Jednakże z uwagi na to, iż Przystępujący nie był jeszcze wzywany o uzupełnienie wykazu usług (był wzywany o uzupełnienie wykazu osób), Izba uznała, iż wykluczenie Przystępującego byłoby przedwczesne. Zgodnie z doktryną i orzecznictwem Izby (powszechnie aprobowanym), wykluczenie wykonawcy z powodu nie spełniania warunków udziału musi zostać poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia kwestionowanego dokumentu.

Wprawdzie, Przystępujący był wzywany o uzupełnienie JEDZ w zakresie usług oraz osób (z powodu pozostawienia tych rubryk nie wypełnionych), to na tamtym etapie nie doszło jeszcze do merytorycznej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Wykaz usług oraz wykaz osób zostały złożone dopiero w wyniku wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie wykazu osób Zamawiający dokonywał już wezwania o uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast w zakresie wykazu usług Przystępujący nie był jeszcze wzywany do jego uzupełnienia.

zarzut nr 3 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pas Projekt pomimo że wykonawca ten nie wykazał, aby udział osoby, która brała udział w przygotowaniu Postępowania, a którą Pas Projekt skierował do realizacji zamówienia nie skutkowało zakłóceniem uczciwej konkurencji,

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Zamawiaczy zgodnie wyrokiem o sygn. akt: KIO 2397/17 wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 2397/17 stwierdziła, że Przystępujący powinien złożyć odpowiednie wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nie w toku postępowania odwoławczego.

Podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, iż *„nie istniały żadne inne dokumenty, do których dostęp miała pani E. S., a które nie zostały przekazane wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, czyli wykonawcy otrzymali pełny pakiet istniejących i sporządzonych dokumentów”*.

Przystępujący natomiast wskazał, iż *„Odwołujący źle sformułował zarzut dotyczący udziału pani E. S.. (...) Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie podjął się polemiki z tymi wyjaśnieniami. Pani E. S. brała udział w wykonaniu części dokumentacji – części medycznej, a wartość tych informacji była niewielka dla oszacowania oferty, co potwierdził także Zamawiający i nie mogła wpływać na zaburzenie konkurencji. (...) wszystkie informacje sporządzane przez panią E. S. były przekazane, tj. zamieszczone na stronie internetowej i zachowano odpowiedni termin na złożenie oferty. (...) pani E. S. złożyła odpowiednie oświadczenie oraz iż podjęła współpracę z Odwołującym na 2 dni przed terminem składania ofert.”*

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego w powyższym zakresie. Z samej treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Pzp wynika, iż wykonawca podlega wykluczeniu któregoś pracownik, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. A zatem, wykonawca nie podlega automatycznemu wykluczeniu z postępowania. W przedmiotowej sprawie P. E. S. jako technolog medyczny nie dysponowała wiedzą, która nie byłaby przekazana pozostałym wykonawcom. Wszystkie dokumenty, do których miała dostęp były przekazane także pozostałym wykonawcom. Poza tym, przedmiotowe postępowanie dot. wykonania dokumentacji budowlano-wykonawczej, a wiedza P. E. S. jako technologa medycznego ma w przedmiotowym postępowaniu ograniczone znaczenie.

Odwołujący w zasadzie, tak jak wskazał Przystępujący, nie podjął się polemiki ze złożonymi wyjaśnieniami Przystępującego. Podnoszone na rozprawie okoliczności, iż *„udział technologa medycznego był potrzebny do pozyskania informacji, przykładowo ile sal operacyjnych potrzebuje Zamawiający”* czy że *„nie były znane Odwołującemu uwarunkowania, które były potrzebne do zaproponowania koncepcji przebudowy”* nie mają wpływu w ocenie Izby na zakłócenie konkurencji ani też na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Naturalnym i koniecznym jest, iż w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia, wyłoniony wykonawca będzie komunikował się z Zamawiającym aby uzyskać informację na temat jego potrzeb czy uwarunkowań, które mogą przecież w pewnym zakresie ulec zmianie. Natomiast gdyby takie informacje były potrzebne już na etapie składania ofert (wykraczające poza zakres dokumentów i informacji przekazanych przez Zamawiającego), każdy z wykonawców mógł się o nie zwrócić do Zamawiającego, a takie wnioski nie wpłynęły.

Izba badając wyjaśnienia Przystępującego oraz argumentację Odwołującego, uznała iż ewentualne zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy, m.in. poprzez przekazanie pełnej dostępnej na dany moment dokumentacji pozostałym wykonawcom.

zarzut nr 4 – naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w protokole Postępowania „sposobu zapewnienia konkurencji” w stwierdzonym przypadku posługiwania się przez Pas Projekt osobą biorącą udział w przygotowaniu Postępowania (brak jakichkolwiek wpisów w części 15 punkt 4 tego protokołu), czym utrudnił kontrolę prawidłowości podjętej w tym zakresie czynności Zamawiającego w drodze przysługujących Odwołującemu środków ochrony prawnej;

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Odwołujący oświadczył podczas posiedzenia z udziałem stron, że w dniu poprzedzającym dzień posiedzenia, wraz z odpowiedzią na odwołanie otrzymał także protokół postępowania. Dokumenty te zostały także złożone przez Zamawiającego do akt postępowania odwoławczego.

Przesłany protokół postępowania zawierał wypełnioną rubrykę w Części 15 pkt 4 tego protokołu. A zatem, Odwołujący miał szansę zapoznania się z jego treścią przed posiedzeniem.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnienie odwołania może nastąpić w przypadku naruszenia przepisów ustawy które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Izba stwierdziła, iż w przypadku powyższego zarzutu, uwzględnienie go nie miałyby jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, w związku z czym Izba oddaliła ten zarzut.

zarzut nr 5 – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami;

Izba częściowo uwzględniła powyższy zarzut.

Powyższy zarzut został przez Odwołującego wskazany wyłącznie jako konsekwencja pozostałych zarzutów, natomiast Odwołujący w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie wskazał żadnych innych okoliczności poza wymienionymi w zakresie omawiania wcześniejszych zarzutów. A zatem, nie doszło do naruszenia zasad zamówień publicznych wymienionych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie innym niż poprzez naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o czym była mowa powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pełnomocnik Odwołującego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 690 zł brutto oraz załączył fakturę VAT do akt postępowania.

Izba zasądziła na rzecz Odwołującego 3 600 zł tytułem zastępstwa procesowego, uznając, iż wydatek ten stanowił uzasadniony koszt strony. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W przedmiotowej sprawie pełnomocnik Odwołującego złożył rachunek w postaci faktury VAT. Jednocześnie mając na uwadze treść ww. przepisów, tj. iż maksymalna kwota jaka może zostać zasądzona tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika wynosi 3 600 zł, Izba zasądziła tą kwotę a w pozostałym zakresie oddaliła wniosek.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: